

Vergaderjaar 2004–2005

28 874

Uitvoering van Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR JUSTITIE¹

Vastgesteld 4 november 2004

De memorie van antwoord heeft de commissie aanleiding gegeven tot het stellen van een klein aantal nadere vragen.

De leden van de **CDA**-fractie hadden met waardering kennisgenomen van de memorie van antwoord. Zij stelden vast dat de daarin neergelegde beschouwingen een nuttige bijdrage kunnen leveren voor een beter begrip van de inhoud en strekking van de voorgestelde regeling betreffende de financiëlezekerheidsovereenkomsten. Daarmee was overigens de bezorgdheid van deze leden over de werking in de praktijk van deze financiëlezekerheidsovereenkomsten nog niet verdwenen.

Deze leden hadden kennisgenomen van het artikel «de implementatie van de Europese Richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten» van mr. drs. T.R.M.P. Keijser, verschenen in WPNR nr. 6592. De ondertitel van dit tijdschriftartikel luidt: «Belangen van het midden- en kleinbedrijf bedreigd door wijziging van het Nederlandse goederen- en faillissementsrecht». Deze leden ontvingen gaarne commentaar op dit tijdschriftartikel, met name op de daarin vervatte conclusie dat het sterk aanbeveling verdient het toepassingsbereik van de uitvoeringwet in te perken, zowel ten aanzien van bepaalde categorieën van marktdeelnemers als ten aanzien van bepaalde financiële transacties.

Deze leden hadden in dit verband goede nota genomen van het door de minister gehanteerde argument dat gewone ondernemers thans reeds zekerheid kunnen verschaffen door overdracht van goederen, zodat gelet daarop de thans voorgestelde regeling niet leidt tot een zwakkere positie van zekerheidsgevers dan bij een zodanige zekerheidsverschaffing door een zuivere overdracht van relevante goederen. Deze leden stelden echter tevens vast dat een zodanige zekerheidsverschaffing door overdracht van goederen bij gewone ondernemers in de praktijk niet of nauwelijks voorkomt, terwijl, indien de hier aan de orde zijnde rechtsfiguur van een financiëlezekerheidsovereenkomst ook zou worden ingevoerd ten aanzien van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf, aangenomen mag worden dat deze ook daadwerkelijk met enige regelmaat ten aanzien van hen toepassing zal vinden, zulks met alle eventueel ongewenste effecten van dien. Deze leden sloten zich overigens aan bij vragen die hieronder

¹ Samenstelling: Holdijk (SGP), Wagemakers (CDA), Rosenthal (VVD), Witteveen (PvdA), De Wolff (GL), Van de Beeten (CDA) (*voorzitter*), Broekers-Knol (VVD), Kox (SP), Westerveld (PvdA), Engels (D66), Franken (CDA).

door de leden van de VVD-fractie naar aanleiding van voormeld tijdschrift-artikel worden gesteld.

Deze leden hadden naar aanleiding van de memorie van antwoord commentaar ontvangen van mr. R.J. Abendroth en mr. R.M. Wibier, van mr. J.A.A.J. Raijmakers en mr. B.M. van Beek, alsmede van Prof. mr. J.J. van Hees. Deze leden waren daar erkentelijk voor. Mede gebaseerd op dat commentaar wilden deze leden nog bij een aantal elementen nader stilstaan.

Deze leden waren zich allengs meer en meer gaan afvragen of de hier voorgestelde rechtsfiguur dogmatisch wel past binnen het vermogensrecht zoals neergelegd in het geldende burgerlijk wetboek. Dit vermogensrecht berust op dit onderdeel toch op een aantal fundamentele pijlers. Een daarvan is dat zekerheidsrechten op vorderingen de vorm dienen te hebben van pandrecht. Het moge zo zijn dat de Hoge Raad in het Sogelease-arrest (HR 19 mei 1995, NJ 1996/119) onder omstandigheden een eigendomsoverdracht heeft toegestaan die als zekerheidsrecht functioneert, doch daarmee verandert nog niet dat als uitgangspunt heeft te gelden dat (stil) pandrecht de functie van fiduciaire overdracht heeft vervangen. Pandrecht is voorts vormgegeven als een beperkt recht dat op een meer omvattend recht rust. Pandrecht is afhankelijk van de vordering tot zekerheid waarvan het pandrecht is gevestigd. Het gaat teniet wanneer die vordering is voldaan. Tevens volgt het die vordering goederenrechtelijk.

Deze leden hadden de indruk dat hetgeen in dit wetsvoorstel wordt voorgesteld in bepaalde opzichten fundamenteel afwijkt van dit zorgvuldig afgewogen tot stand gekomen systeem van het NWB. Dit laatste wordt enigszins gemaskeerd door het feit dat de nieuwe regeling inzake de financiëlezekerheidsovereenkomsten in boek 7 is geplaatst, terwijl, nu het hier betreft een nieuw goederenrechtelijk figuur, plaatsing in boek 3 meer voor de hand gelegen zou hebben. De voorgestelde regeling bevat immers uitsluitend bepalingen die betrekking hebben op de positie van de zekerheidsnemer bij zekerheid op geld en effecten en heeft aldus een overwegend goederenrechtelijke inhoud. Dat deze zekerheid is gebaseerd op een overeenkomst onderscheidt haar niet van bijvoorbeeld pandrecht op vorderingen of op roerende zaken of de overdracht daarvan. Systematisch hoort de regeling thuis in boek 3. In dit verband kan ook verwezen worden naar hetgeen de minister opmerkt op pag. 4 van de memorie van antwoord over het – in beginsel – dwingende karakter van de regeling. De gehanteerde benadering – dwingend, tenzij de wet uitdrukkelijk afwijking mogelijk maakt – sluit aan bij het goederenrechtelijke karakter en wijkt af van het in het algemeen regelende karakter van het overeenkomstenrecht.

Dit gesignaleerde feit gaat verder dan een toevallige discussie over de plaats waarin deze materie bij voorkeur in het burgerlijk wetboek geregeld had moeten worden. In het voorstel worden immers enige termen gebruikt die niet de betekenis lijken te hebben die daarin in het algemeen in het vermogensrecht wordt toegekend. Een dergelijke inconsequentie in terminologie lijkt, temeer daar het hier om goederenrecht gaat, ongelukkig en kan misverstanden in de hand werken. Zo zou de «overdracht» van geld in het kader van een financiëlezekerheidsovereenkomst, aldus de minister, plaatsvinden door een bedrag over te boeken op de rekening van een zekerheidsnemer. Met een overdracht in de zin van afd. 3.4.2 BW heeft een dergelijke handeling echter weinig uit te staan. Het overmaken van een bedrag op de rekening van een derde is geen overdracht in goederenrechtelijke zin. Met een overboekingsopdracht geeft een rekeninghouder zijn bank opdracht zijn rekening te debiteren en

de rekening van de ontvanger (al dan niet via tussenkomst van een andere bank) te crediteren. Aldus verschafft de betaler de ontvanger een vordering op zijn bank. Van een overdracht in vermogensrechtelijke zin naar Nederlands recht zou eerst sprake zijn indien de zekerheidsverschaffer zijn vordering op de bank, waar hij een rekening met een creditsaldo aanhoudt, zou cederen aan de zekerheidsnemer. Dat is echter een vorm van overdracht die in de praktijk niet gebruikelijk is en waar de richtlijn evenmin het oog op heeft. Desalniettemin is eigenlijk slechts deze figuur onder het wetsvoorstel te vatten gelet op de gehanteerde terminologie.

Van een soortgelijke onduidelijkheid in de vermogensrechtelijke uitgangspunten lijkt wellicht sprake wanneer stilgestaan wordt bij de wijze waarop de verpanding van geld zou moeten plaatsvinden. Daarvoor is eveneens overmaking naar een rekening van de zekerheidsnemer vereist, echter ditmaal «ten titel van verpanding». Deze mogelijkheid van vestiging van een pandrecht kent het Nederlands recht echter niet, terwijl onduidelijk is of het wetsvoorstel op dit onderdeel beoogt het Nederlandse goederenrecht te wijzigen. Door het bedrag over te maken naar een rekening van de zekerheidsnemer wordt deze rechthebbende op (eigenaar van) een vordering jegens de bankinstelling waar deze de rekening aanhoudt. Dat de overmaking «ten titel van verpanding» heeft plaatsgevonden doet daar, naar de normale regels van het goederenrecht, niet aan af en maakt de zekerheidsnemer niet tot pandhouder. Ook hier geldt immers dat de verpanding naar Nederlands recht slechts plaats kan vinden doordat de zekerheidsverschaffer zijn vordering op zijn bank verpand overeenkomstig de bepalingen in afd. 3.9.2 BW aan de zekerheidsnemer. Onduidelijk is of de voorgestelde regeling hier in afwijking van het gebruikelijke goederenrechtelijke systeem beoogt een verandering in te brengen.

Een ander punt waar het wetsvoorstel en de door de minister gegeven toelichting niet lijken te stroken met het algemeen vermogensrecht is het gebruik van de term «verrekenen». Van verrekening is sprake indien twee tegenover elkaar staande vorderingen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet gaan, hetzij door het uitbrengen van een verrekeningsverklaring, hetzij doordat ze zijn opgenomen in een rekening courant (zie art. 6:127 e.v. BW). Een zekerheidsnemer voldoet zijn vordering op de zekerheidsverschaffer niet door middel van verrekening, maar door zich te verhalen op de opbrengst van het verbonden goed. Zie in dit verband het gestelde in art. 3:253 BW. Slechts indien ook de zekerheidsnemer iets verschuldigd is aan de zekerheidsverschaffer, bijvoorbeeld omdat er bij de executie van het verbonden goed een surplus is gerealiseerd, kan er sprake zijn van verrekening. Zie ook in dit verband de noot van Van Schilfgaarde onder Hoge Raad 29 januari 1993, NJ 1994/171 (Van Schaik q.q./ABN AMRO) en Hoge Raad 4 november 1994, NJ 1995/627 (NCM/Knottenbelt q.q.). Desalniettemin wordt in het wetsvoorstel bij herhaling gesproken over de mogelijkheid voor de pandhouder om de «waarde» van de verbonden goederen te «verrekenen». Zie art. 53 lid 3, art. 54 lid 1 sub a en b. Niet alleen strookt deze terminologie niet met hetgeen naar algemeen vermogensrecht omtrent verhaal en verrekening geldt, maar voorts roept dit de (onjuiste) veronderstelling op dat op het verhaal voor de zekerheidsnemer bij een financiëlezekerheidsovereenkomst de bepalingen van art. 6:127 e.v. BW van toepassing (kunnen) zijn.

De opmerkingen in dit verband van deze leden betroffen echter niet enkel de gehanteerde terminologie. De voorgestelde regeling wijkt nogal af van de varianten die zich in het kader van het bestaande zekerheden- en verhaalsrecht bij het verkrijgen van zekerheidsrechten op geld en effecten kunnen voordoen. Deze leden vreesden dat een aantal van deze varianten bij invoering van het wetsvoorstel tot problemen dan wel rechtsonzekerheid kan leiden. Zo is de meest voor de hand liggende variant van

verpanding van geld in de zin van het wetsvoorstel dat een zekerheidsverschaffer een creditsaldo op een door hem gehouden (bank)rekening verpand. De vraag die dan rijst, is of het voor de toepasselijkheid van de voorgestelde regeling vereist is dat er een openbaar pandrecht wordt gevestigd, of dat ook een stil pandrecht daaronder valt. De minister heeft opgemerkt dat dit laatste niet het geval is, omdat de richtlijn ervan uitgaat dat de tot zekerheid strekkende financiële activa daadwerkelijk in de macht van de zekerheidsnemer komen. Dit laatste is op zichzelf juist, maar in het wetsvoorstel wordt slecht gesproken over «pandrecht» en wordt geen onderscheid gemaakt tussen de wijze waarop dit pandrecht wordt gevestigd (stil of openbaar). Naar de letter is de wet dus ook van toepassing op een pandrecht dat van de aanvang af als een stil pandrecht wordt gevestigd. De vraag is dan ook waarom de door de minister gewenste uitsluiting van stil pandrecht niet expliciet in de voorgestelde regeling is opgenomen. Vervolgens rijst de vraag hoe de afwikkeling van dit pandrecht, indien zich een executiegrond voordoet, moet plaatsvinden. Het voorgestelde art. 54 lid 1 sub b gaat ervan uit dat de pandhouder zijn pandrecht effectueert door «verrekening». Hiervoor is al aangegeven dat deze term ongelukkig lijkt, maar in de geschetste situatie – waarin de zekerheidsverschaffer een creditsaldo op een door hem aangehouden bankrekening heeft verpand – kan men zich daarbij nauwelijks iets voorstellen dat past bij het huidige vermogensrechtelijke systeem. Het meest praktische zou wellicht zijn dat de pandhouder, overeenkomstig het bepaalde in art. 3:246 BW, na mededeling van het pandrecht de vordering op de bank incasseert en zich vervolgens op de opbrengst verhaalt. Duidelijk is echter dat de minister deze wijze van afwikkeling blijkens de wettekst en de toelichting daarop, niet voor ogen heeft gehad.

Voorts lijkt het wetsvoorstel onvoldoende rekening te houden met de positie van beslagleggers of schuldeisers die eerder een zekerheidsrecht op de financiële activa hebben verkregen. De bijzondere bevoegdheden van de voorgestelde artt. 53 en 54 worden zonder enige daarop betrekking hebbende restricties aan de pandhouder toegekend. Uitoefening daarvan lijkt echter niet of moeizaam verenigbaar met de positie van een eerdere beslaglegger of pandhouder. Daarbij komt dat niet zonder meer duidelijk is hoe andere schuldeisers, die beslag hebben gelegd of een zekerheid hebben verkregen, in een rangregeling kunnen worden betrokken. Art. 3:253 BW dat bij de «normale» executie van pandrecht, waarbij een opbrengst wordt gerealiseerd waaruit de pandhouder zich voldoet, de basis biedt voor een dergelijke rangregeling, is immers niet van toepassing indien de pandhouder bij een financiële zekerheids-overeenkomst zich voldoet door «verrekening» of toe-eigening.

In het licht van het vorenstaande wilden deze leden vervolgens stilstaan bij de opmerking van de minister dat op de «overdracht» op basis van een financiëlezekerheids-overeenkomst de daarvoor geldende algemene regels in art. 3:83 e.v. BW van toepassing zijn. Deze leden vroegen zich af of de toepasselijkheid van bedoelde artikelen in dit geval een afdoende functie kan vervullen. Is het niet eerder zo dat op de gekozen wijze de uitgangspunten van de richtlijn moeilijk zijn in te passen in het Nederlandse causale systeem en daarom ter zake een ingreep in boek 3 BW eerder voor de hand zou hebben gelegen dan een aanpak waarbij kennelijk, afzonderlijk van elkaar, wordt uitgegaan van bepaalde aspecten van de financiëlezekerheids-overeenkomst neergelegd in boek 7 en daaraan verbonden goederrechtelijke aspecten neergelegd in boek 3?

In het nieuwe systeem moet bij een financiëlezekerheids-overeenkomst kennelijk een overboeking van het saldo plaatsvinden naar een rekening van de zekerheidsnemer. Op die overboeking is dan, voor zover daarvan in het wetsvoorstel niet is afgeweken, de algemene regeling inzake

overdracht van toepassing. Dit systeem roept dogmatisch een aantal vragen op:

Moet de financiële zekerheidsovereenkomst worden gezien als de titel in de zin van art. 3:84 BW die ten grondslag ligt aan de overboeking op de rekening van de zekerheidsnemer? Wat is het karakter van de financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht in het bestaande goederrechtelijke systeem. Wat is de meerwaarde van de beschouwing van de minister dat de algemene regeling van overdracht van toepassing is op de financiële zekerheidsovereenkomst tot zekerheid? Kan de minister daarvan concrete voorbeelden noemen. Hoe moet de financiële zekerheidsovereenkomst tot verpanding in het juridisch systeem van beperkte rechten worden ingepast? Is de overboeking op de rekening van de zekerheidsnemer nog wel te zien als het vestigen van beperkt recht van pand op een vordering. Wat is de status van de vordering die de zekerheidsnemer daarmee op de bank krijgt? Op welke vordering rust het beperkte recht van pand in de situatie en op welke wijze gaat het teniet?

Zoals gezegd worden banksaldi in het Nederlandse rechtssysteem gekwalificeerd als vorderingen op de desbetreffende bank. Hoe moet nu de vordering van de zekerheidsnemer op de bank worden gekwalificeerd als het gaat om een financiële zekerheidsovereenkomst tot overdracht? Is het saldo te beschouwen als een beperkt recht wanneer het om een financiële zekerheidsovereenkomst tot verpanding gaat? Wat is dan het hoofdrecht? Wat voor invloed heeft dit op het algemene uitgangspunt van de afhankelijkheid van het pandrecht van de verzekerde vordering? Gaat het saldo van rechtswege teniet bij voldoening van de verzekerde verplichting? Volgt het saldo van rechtswege de verzekerde vordering wanneer deze wordt gecedeerd? Is er nog wel sprake van een beperkt recht op een vordering indien een pandgever zelf niet meer een vordering op de bank heeft ten gevolge van de overboeking ten gunste van de zekerheidsnemer? Wanneer een pandhouder een vordering op een bank heeft ter zake van pandrecht – of overdrachtboekingen in het kader van een financiële zekerheidsovereenkomst –, wat is dan de juridische/goederrechtelijke status van die vordering? Kan die vordering op zichzelf weer worden gecedeerd of verpand? Heeft de bank bij wie saldi worden aangehouden terzake van een financiële zekerheidsovereenkomst ten titel van verpanding of overdracht nog enige toezichthoudende rol op hoe die saldi kunnen worden aangewend en/of die aanwending zich verdraagt met de financiële zekerheidsovereenkomst? Is onderzocht of de bancaire elektronische systemen zijn afgestemd op dit soort boekingen en of daarin een onderscheid kan worden gemaakt met betrekking tot de titel van de boeking, nu aan de verschillende titels van boeking (pand of overdracht tot zekerheid in het kader van de financiële zekerheidsovereenkomst of gewone boeking) zulke diverse rechtsgevolgen zijn verbonden? Moet de zekerheidsnemer aparte rekeningen openen voor bedragen die hij slechts ten titel van pand onder zich heeft? Moet hij voor iedere zekerheid wellicht een aparte rekening openen?

Op pag. 11 van de memorie van antwoord stelt de minister in verband met het gestelde in art. 7:53 lid 1 BW, dat het pandrecht op de zogenaamde gelijkwaardige goederen tot stand komt op hetzelfde moment als het moment waarop het oorspronkelijke pandrecht tot stand is gekomen. De facto kan het pandrecht op deze vervangende gelijkwaardige goederen evenwel pas ontstaan op het tijdstip waarop deze goederen ter beschikking komen van de zekerheidsnemer. De minister spreekt in dit verband van een juridische fictie ten aanzien van het tijdstip van het ontstaan, die met name gevolgen heeft voor de onderlinge rangregeling in geval van meerdere pandrechten. Echter, indien een zekerheidsnemer de effecten verkoopt, ontvangt hij daarvoor in de regel geld. Indien hij vervolgens met dit geld gelijkwaardige goederen koopt,

heeft hij op basis van art. 7:53 lid 2 BW een verplichting om deze gelijkwaardige goederen over te dragen aan de zekerheidsgever. Ook deze goederen, die juridisch nooit eigendom zijn geweest van de zekerheidsgever, worden door de zekerheidsgever geacht te zijn verpand aan de zekerheidsnemer. Hoe kan deze constructie worden ingepast in de systematiek van het huidige boek 3 BW?

Deze leden stelden vervolgens nog een aantal vragen van minder dogmatische aard. Zij hadden nota genomen van de mededeling van de minister dat het niet nodig is dat een financiëlezekerheidsovereenkomst schriftelijk is aangegaan. Derhalve zou de financiëlezekerheidsovereenkomst ook mondeling aangegaan kunnen worden en dan, zo nodig, aangetoond kunnen worden door middel van getuigen. Deze leden vroegen zich af wanneer nu precies het goederenrechtelijk effect optreedt dat met bedoelde financiëlezekerheidsovereenkomsten wordt beoogd. Treedt dat effect eerst op door overboeking van het saldo naar de rekening van de zekerheidsnemer? Hoe kan dat tijdstip worden vastgesteld, indien bedoelde overboeking plaatsvindt op de dag waarop de faillietverklaring van de zekerheidsgever wordt uitgesproken? Kan het gestelde in art. 35 lid 1 Fw wat betreft deze «overdracht» nog tot complicaties aanleiding geven?

Door de minister is gesteld dat bij de voorgestelde regeling ook derdenzekerheid – overigens een in de heersende literatuur omstreden leerstuk – is toegestaan. Is deze opvatting van de minister echter wel te rijmen met de definities van de begrippen financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht en financiëlezekerheidsovereenkomst tot vestiging van een pandrecht zoals opgenomen in dit wetsvoorstel? Daar immers wordt uitsluitend gesproken van een schuldenaar die overdracht respectievelijk een pandrecht verschaft. Dienen de desbetreffende definities niet aangepast te worden?

Uit de richtlijn volgt dat ook zekerheid moet kunnen worden gevestigd voor verplichtingen anders dan een verplichting tot betaling van geld. Door de minister is betoogd dat de voorgestelde regeling daaraan niet in de weg staat. Volgens de minister is het immers zo dat de verplichting tot voldoening van iets anders dan een geldsom naar Nederlands recht moet worden opgevat als een pandrecht ter zake van de vordering tot voldoening van een bepaald geldbedrag, welke vordering ontstaat in geval van wanprestatie terzake van de primaire vordering. Deze leden vroegen zich af of een en ander strookt met het gestelde in art. 3:227 BW. Deze zienswijze van de minister biedt overigens geen soelaas in geval van de volgens de minister ook onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallende derden-zekerheid. In een dergelijk geval heeft de zekerheidsverschaffer immers geen zelfstandige verplichting (anders dan het verstrekken van zekerheid) ter zake van de primaire vordering.

Op pagina 10 en 11 van de memorie van antwoord suggereert de minister dat voor wat betreft de levering of verpanding van aandelen die onder de Wet giraal effectenverkeer vallen, de Nederlandse regeling voldoet aan de eisen van de richtlijn via art. 17 Wet giraal effectenverkeer. De minister zegt daarbij dat met bijschrijving de levering en eventuele verschaffing van de zekerheid is afgerond. De Wet giraal effectenverkeer bevat evenwel in de art. 20 en 21 bepalingen die zien op de vestiging van pandrecht. Het wetsvoorstel bevat overigens ook een wijziging van art. 22 Wet giraal effectenverkeer. Dient de vestiging van een pandrecht dat valt onder de reikwijdte van het wetsvoorstel, niet te geschieden op de wijze als voorzien in art. 20 resp. 21 Wet giraal effectenverkeer? Op pagina 9 onderaan van de memorie van antwoord stelt de minister dat het bestaan van bijzondere rechten voor de zekerheidsnemer kan worden vermeld bij

de bijschrijving van effecten op de desbetreffende effectenrekening. De gewekte suggestie, namelijk dat bijzondere rechten ook uit de administratie van de bank zouden moeten blijken, zou, zoals aan deze leden is meegedeeld, onjuist zijn. Ook bij een klassiek pandrecht wordt de inhoud van de pandakte niet in de administratie van de bank op basis van de Wet giraal effectenverkeer verwerkt. De art. 20 en 21 van de Wet giraal effectenverkeer zien immers alleen op de voor de vestiging van een pandrecht benodigde leveringshandeling. De inhoud van het pandrecht staat daarbuiten.

Op pag. 11 van de memorie van antwoord stelt de minister dat het verrekeningsbeding «binnen de grenzen van art. 53 en 54 Faillissementswet» in het algemeen afdwingbaar is naar Nederlands recht. Betekent zulks dat een verrekenbeding nog steeds getoetst zal moeten worden aan art. 53 en 54 Fw? Indien bevestigend, hoe verhoudt zulks zich tot het gestelde in art. 7 van de richtlijn waarin is aangegeven dat een clause tot saldering afdwingbaar moet zijn? In verband met een door deze leden gestelde vraag over de eventuele invloed van de afkoelingsperiode op de verrekening, verwijst de minister naar het nieuw in te voegen art. 63b Fw. Dit artikel verwijst echter naar de invloed van de afkoelingsperiode op goederen die uit hoofde van een zekerheids-overeenkomst zijn verpand. Het antwoord is derhalve deze leden niet geheel duidelijk. Wellicht dat de minister het nader kan toelichten.

De leden van de **VVD**-fractie dankten de minister voor de beantwoording van de vragen die door VVD en CDA gezamenlijk zijn gesteld. De leden van de VVD-fractie hadden echter nog wel enkele vragen. Ook sloten zij zich aan bij de nadere vragen zoals hierboven geformuleerd door de leden van de CDA-fractie. Daarnaast stelden de leden van de VVD-fractie een aantal vragen welke in belangrijke mate ontleend zijn aan het artikel van mr drs. T.R.M.P. Keijser in WPNR, nr 6592, pagina's 761 tot en met 771.

Het doel van de richtlijn is het bevorderen van de liquiditeit van de geld- en effectenmarkten. De richtlijn is opgesteld met het oog op het belang van het goed functioneren van de financiële markten en het vrije kapitaalverkeer op de interne Europese markt, zo vervolgden deze leden. In de uitvoeringswet, art. 7:51 a-c BW, wordt het begrip «financiële zekerheids-overeenkomst» ruim omschreven. Op grond van die definitie is het mogelijk elke financieringstransactie waarbij zekerheden worden verschaft in de vorm van geld of effecten binnen het bereik van de nieuw in te voeren speciale titel (Titel 2) inzake financiële zekerheids-overeenkomsten in Boek 7 BW te brengen; niet alleen derhalve FZO 's als repurchase-, securities lending- en bepaalde derivatenovereenkomsten, maar ook de traditionele zekerheidsinstrumenten, zoals het pandrecht en de fiduciaire eigendomsoverdracht. De eerste categorie FZO 's kenmerkt zich door zowel verhandelbaarheid als verhaal; deze transacties hebben een positieve invloed op de liquiditeit van de geld- en effectenmarkten. Bij de tweede categorie FZO's, de traditionele zekerheidsinstrumenten, is geen sprake van een algemene beschikkingsbevoegdheid voor de zekerheidsnemer ten aanzien van de in zekerheid gegeven goederen. Dergelijke transacties hebben derhalve geen of een veel geringere betekenis voor de liquiditeit van de geld- en effectenmarkten. De leden van de VVD-fractie vreesden dat wanneer financiële instellingen het begrip FZO conform de ruimte die art. 7:51 a-c BW biedt extensief interpreteren, zoals hierboven weergegeven, dit bijzonder nadelig kan uitpakken voor het midden- en kleinbedrijf, aangezien door de richtlijn en de uitvoeringswet de positie van de crediteur/zekerheidsnemer versterkt wordt ten nadele van de debiteur/zekerheidsgever.

In zijn artikel in WPNR stelt mr drs Keijser op pagina's 770 en 771: «Gezien de strekking van de Richtlijn en de negatieve gevolgen voor het midden- en kleinbedrijf van een ruime interpretatie is het goed verdedigbaar dat transacties die niet strekken tot verhandelbaarheid buiten het bereik van de Richtlijn en de Uitvoeringswet worden gehouden. De Duitse *Bundesrat* lijkt een inperking in dezelfde zin voor te staan en heeft de Duitse regering opgeroepen zich op Europees niveau sterk te maken voor een restrictieve uitleg van de Richtlijn.» Deelt de minister de vrees voor negatieve gevolgen voor het midden- en kleinbedrijf bij een ruime interpretatie van het begrip FZO? Zo nee, kan de minister uitleggen waarom hij die vrees niet deelt? Is over (de gevolgen van) de richtlijn en de uitvoeringswet overleg gevoerd met de branche-organisatie MKB Nederland? Is de minister bereid, ter bescherming van het midden- en kleinbedrijf, een beperkte interpretatie van het begrip FZO voor te staan, dat wil zeggen een interpretatie die overeenstemt met het doel van de richtlijn, namelijk om de liquiditeit van de geld- en effectenmarkten te bevorderen? Kan de minister nadere informatie verschaffen over een eventuele oproep van de Duitse en/of andere regeringen?

Artikel 3: 84 lid 3 BW bepaalt dat de overdracht tot zekerheid geen geldige titel oplevert voor de overdracht van een goed. Deze bepaling staat bekend als het fiducia-verbod. Wanneer het begrip financiëlezekerheids-overeenkomst extensief wordt geïnterpreteerd en de eigendomsoverdracht tot zekerheid, voor zover het gaat om effecten of geld als bedoeld in art. 7: 51 d-e BW, wordt aangemerkt als een financiëlezekerheids-overeenkomst in de zin van de uitvoeringswet, zou dit in wezen een herintroductie van het fiduciaire eigendomsrecht in het Nederlandse recht betekenen. Deelt de minister deze opvatting? Zo ja, wat zijn hiervan de gevolgen?

In zijn artikel in WPNR wijst mr drs Keijser op de problemen die kunnen ontstaan met betrekking tot de substitutieregeling van art. 5 lid 3 van de richtlijn en art. 7: 53 lid 4 BW. Op grond van de genoemde artikelen herleeft het pandrecht van de pandhouder als hij gelijkwaardige goederen in de plaats stelt van de goederen die hij oorspronkelijk in pand hield, maar ten opzichte waarvan hij gebruik heeft gemaakt van zijn gebruiksrecht. De pandgever krijgt ten opzichte van de in plaats gestelde, gelijkwaardige goederen weer een goederenrechtelijke aanspraak in plaats van een verbintenisrechtelijke aanspraak, nadat hij deze goederenrechtelijke aanspraak op het moment dat de pandhouder van zijn gebruiksrecht gebruikmaakte had verloren, zoals lijkt op te maken uit art. 5 lid 2 richtlijn en art. 7: 53 lid 2 BW. De vraag is echter wanneer de pandgever die goederenrechtelijke aanspraak weer krijgt. Vindt de substitutie pas plaats op het moment dat de pandhouder de gelijkwaardige goederen aan de pandgever verschaft? Of vindt substitutie plaats op het moment dat gelijkwaardige goederen in het vermogen van de pandhouder vloeien? Kan de minister hierover duidelijkheid verschaffen?

In artikel 7: 54 lid 4 BW is onder meer bepaald dat in een financiëlezekerheids-overeenkomst kan worden bedongen dat de voorzieningenrechter van de rechtbank op verzoek van de zekerheidsnemer of de zekerheidsgever kan bepalen dat effecten worden verkocht op een afwijkende wijze. De situatie kan zich voordoen dat de zekerheidsnemer, bijvoorbeeld in het geval deze in een sterke(re) positie staat ten opzichte van de zekerheidsgever, een dergelijk beding niet wenst. De zekerheidsgever kan dan niet een beroep doen op tussenkomst van de voorzieningenrechter en zal zich moeten schikken in de wijze waarop en de prijs waarvoor de zekerheidsnemer de effecten uitwint. Onderkent de minister dit probleem? Zo ja, deelt de minister de opvatting van de leden van de VVD-fractie dat nadere

waarborgen ter bescherming van de – dikwijls zwakkere – zekerheidsgever wenselijk zijn?

Met de inwerkingtreding van de uitvoeringswet geldt dat voor financiële-zekerheidsovereenkomsten tot vestiging van een pandrecht, de afkoelingsperiode buiten werking wordt gesteld. Dit betekent dat pandrechten ook tijdens deze periode kunnen worden gerealiseerd. Op grond van de richtlijn mag de afkoelingsperiode ook niet in de weg staan aan verrekening in het geval van een financiëlezekerheidsovereenkomst tot overdracht. Hierover is echter niets bepaald in de artt. 63b en 241b Fw, zo stelt mr. drs. Keijser in zijn artikel in WPNR op pagina 769. De leden van de VVD-fractie waren het met die constatering van mr. drs. Keijser eens. Het effect van de onmiddellijke afdwingbaarheid van pandrechten en rechten op verrekening tijdens de afkoelingsperiode is dat de curator zal moeten accepteren dat zonder uitstel verhaal plaatsvindt op geld en effecten die tot de boedel behoren. De leden van de VVD-fractie zouden graag een nadere toelichting van de minister vernemen op de artt. 63b en 241b Fw, nu ook de memorie van toelichting geen opheldering biedt.

Een crediteur te goeder trouw uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst kan een beroep doen op de afdwingbaarheid van rechtshandelingen die zijn verricht ná het moment waarop de debiteur insolvent is verklaard. De crediteur kan hierop een beroep doen, ook indien deze rechtshandelingen buiten de curator tot stand zijn gekomen. Deze bescherming van de crediteur te goeder trouw uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst brengt met zich dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in het gedrang komen. Er wordt derhalve inbreuk gemaakt op het beginsel van de paritas creditorum. Hoe beoordeelt de minister deze consequentie?

De richtlijn biedt de mogelijkheid aan de lidstaten om de richtlijn slechts van toepassing te verklaren op overheidsinstanties, commerciële en centrale banken, verzekeraars, beleggingsinstellingen en andere grote vermogensbeheerders zoals genoemd in art. 1 lid 2 a-d van de Richtlijn. «De richtlijn is opgesteld met het oog op het belang van het goed functioneren van de financiële markten en het vrije kapitaalverkeer op de interne Europese markt. Daarom ligt het niet voor de hand de werkingssfeer van de bijzondere regeling van de richtlijn uit te breiden tot financiëlezekerheidsovereenkomsten die gesloten worden tussen partijen die geheel buiten deze financiële markten staan», aldus de Raad van State in zijn advies. In de uitvoeringswet wordt echter gebruikgemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn biedt in art. 1 lid 2 e om de werkingssfeer van de richtlijn van toepassing te doen zijn op een bredere categorie ondernemingen. Voor de toepasselijkheid van de uitvoeringswet is een relatie met de financiële markten niet vereist. De enige beperking die de uitvoeringswet stelt is dat deze niet van toepassing is op natuurlijke personen (art. 7:52 BW).

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer is aan dit, bepaald niet onbelangrijke, punt ruimschoots aandacht gegeven. Door het CDA-lid De Vries is een amendement ingediend, dat overigens uiteindelijk is ingetrokken. De argumenten die van de zijde van de minister naar voren zijn gebracht, overtuigden de leden van de VVD-fractie niet. Zo geeft de minister bij de plenaire behandeling onder meer als argument dat het Verenigd Koninkrijk heeft gekozen voor de mogelijkheid van toepassing voor het hele terrein (Handelingen TK 2003–2004, p. 70–4575). Dat verbaasde de leden van de VVD-fractie niet, aangezien het Verenigd Koninkrijk een common-law systeem kent waar geen onderscheid wordt gemaakt tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, in tegenstelling tot het rechtssysteem zoals Nederland dat kent. Op pagina 70–4578 van de

Handelingen merkt de minister op «Natuurlijk kan de regeling worden beperkt tot de banken en ondernemingen die het normaal doen. Maar dat schept binnen het burgerlijk recht een anomalie, doordat de zekerheid door overdracht en de zekerheid door pand onbeperkt zijn en wij met het gebruiksrecht steeds moeten toetsen welke partijen betrokken zijn, zonder dat het de pandgever een voordeel oplevert. Het maakt het zekerheidsrecht voor de pandnemer echter aantrekkelijker.» De leden van de VVD-fractie meenden dat die toetsing «welke partijen betrokken zijn» geen belemmering kan en mag opleveren in het licht van de ingrijpende consequenties van de uitvoeringswet voor het huidige systeem van het zekerheidsrecht in het Burgerlijk Wetboek, voor het insolventierecht en voor ondernemingen bijvoorbeeld in het midden- en kleinbedrijf. Zij zouden graag de opvatting van de minister vernemen over het mogelijk beperken van de reikwijdte van de uitvoeringswet tot partijen die deel uitmaken van de financiële markten in het licht van de ingrijpende consequenties van de uitvoeringswet.

De Richtlijn nr. 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten dient geïmplementeerd te worden, daaraan valt niet te ontkomen. Voor de leden van de VVD-fractie zal de acceptatie van de uitvoeringswet aanzienlijk toenemen als deze wordt beperkt tot de instellingen zoals genoemd in art. 1 lid 2 a-d van de richtlijn en het begrip «financiëlezekerheidsovereenkomst» restrictief wordt uitgelegd.

De voorzitter van de commissie,
Van de Beeten

De griffier van de commissie,
Janssen